

UNIVERSIDAD DE ALMERÍA

TRABAJO FIN DE GRADO

# **LÍMITES AL DERECHO DE HUELGA: EL ESQUIROLAJE INTERNO**



Autor: Laura María López Romero

Tutor: María del Mar Ruiz Castillo

Grado el Derecho

27 de julio de 2016

## **ÍNDICE**

<b>1. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>Pág. 2</b>
<b>2. SUSTITUCIÓN DE TRABAJADORES HUELGUISTAS .....</b>	<b>Pág. 4</b>
<b>2.1. El artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo .....</b>	<b>Pág. 6</b>
<b>2.2. El <i>ius variandi</i> del empresario y su relación con el derecho de huelga.....</b>	<b>Pág. 13</b>
<b>3. FORMAS DE ESQUIROLAJE: EL ESQUIROLAJE INTERNO.....</b>	<b>Pág. 19</b>
<b>3.1. Evolución jurisprudencial: Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992 de 28 de septiembre .....</b>	<b>Pág. 19</b>
<b>3.2. El esquirolaje tecnológico .....</b>	<b>Pág. 24</b>
<b>4. SANCIONES AL EMPRESARIO .....</b>	<b>Pág. 29</b>
<b>5. CONCLUSIONES.....</b>	<b>Pág. 32</b>
<b>6. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>Pág. 34</b>

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo fin de grado aborda la problemática que supone la sustitución de los trabajadores durante la huelga y, más específicamente, si esa sustitución se lleva a cabo mediante una reorganización interna de los trabajadores, para que los no huelguistas sustituyan a los que sí están ejerciendo su derecho de huelga; o si esa sustitución se hace a través de medios técnicos que sustituirán a los trabajadores que se encuentran en huelga. Estas no son las únicas formas de esquirolaje que existen, pero sí son las más actuales y las que más problemas en la práctica están planteando. Esta problemática deriva de la escasa regulación y de las distintas líneas jurisprudenciales y doctrinales que han nacido de la interpretación de esta normativa.

A lo largo de este trabajo fin de grado, delimitaremos el concepto de esquirolaje, con especial atención a dos de sus formas, como son el esquirolaje interno y el esquirolaje tecnológico. Este último de plena actualidad por la evolución de la sociedad a una sociedad de información que requiere nuevas pautas jurídicas. Para ello analizaremos en profundidad las dos fuerzas opuestas en las situaciones de esquirolaje interno: el trabajador y su derecho de huelga, frente al empresario y su *ius variandi*. A continuación, analizaremos la jurisprudencia y sus distintas interpretaciones. Una vez analizados estos puntos, acudiremos al estudio de la figura del esquirolaje tecnológico. Por Último, después de delimitar estas formas de esquirolaje, debemos acudir a la normativa para determinar cuáles serán las posibles consecuencias para el empresario en caso de llevar a cabo las acciones que dan lugar a estas formas de esquirolaje.

Para poder profundizar en estos temas es conveniente que, con carácter previo, analicemos el artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (R.D.-L.R.T., en adelante). Debido a que se trata de una regulación preconstitucional (se intentó una regulación postconstitucional con un proyecto de ley orgánica en 1994) y claramente escasa y conflictiva se plantean lógicamente fallos de acomodación a la Constitución Española que inaugura un nuevo régimen político y social de libertades públicas y derechos fundamentales que en la anterior etapa no estaban reconocidos. Además de este Real Decreto, es también

conveniente estudiar el posible derecho que posee el empresario para realizar cambios que alteren las condiciones de trabajo del resto de trabajadores no huelguistas para así evitar en la medida de lo posible los perjuicios que le producirá la huelga.

Afrontadas las anteriores cuestiones, me propongo direccionar concretamente el trabajo hacia el esquirolaje interno. Respecto de esta concreta cuestión, examinaremos cuál es su concepto, cuál ha sido su evolución jurisprudencial (destacando la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de septiembre de 1992) y qué papel tiene el esquirolaje tecnológico (en el que analizaremos diversas sentencias). Para finalizar con el estudio, es preciso analizar cuáles serían las consecuencias para el empresario en caso de que se produjese este tipo de esquirolaje y, en concreto, cuáles serían las infracciones en que incurriría.

La elección de este trabajo fin de grado tiene el principal objetivo de analizar desde un punto teórico-práctico la validez o no de este tipo de sustituciones durante la huelga. Es importante enfatizar el hecho de que el R.D.-L.R.T., es una norma preconstitucional, por lo que esto plantea aún más problemas a la hora de determinar o no la validez de la sustitución interna de huelguistas y las posibles consecuencias que esta tuviese para el empresario, y más importante aún para la huelga.

Adentrándonos en el contenido del trabajo, hay que partir del artículo 6.5 del R.D.-L.R.T. que prohíbe literalmente la sustitución externa de trabajadores huelguistas pero que no hace mención directa a la sustitución interna de estos mismos trabajadores. Es por ello que numerosas son las interpretaciones (acerca de la prohibición del esquirolaje interno) de signo distinto, tanto desde un punto de vista doctrinal, como desde un punto de vista jurisprudencial. Estas han sufrido una evolución sustancial que ha desembocado en una interpretación extensiva del artículo 6.5 del R.D.-L.R.T. Este trabajo fin de grado recogerá todas estas interpretaciones para con ello llegar a contestar la cuestión planteada.

## 2. SUSTITUCIÓN DE TRABAJADORES HUELGUISTAS

El artículo 28.2 de la Constitución Española (CE, en adelante) proclama como derecho fundamental el derecho a la huelga. Este derecho está desarrollado en el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. Sustancialmente modificado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril, que revisa la constitucionalidad de esta norma preconstitucional.

El derecho de huelga de los trabajadores puede verse afectado por la decisión del empresario de sustituir a los trabajadores huelguistas por otros trabajadores que, o bien ya formen parte de la empresa (sustitución interna), o bien no tienen ningún vínculo con la misma (sustitución externa). Esta sustitución también puede llevarse a cabo mediante medios técnicos. La realización de estas acciones por parte del empresario puede afectar a la huelga siempre y cuando la sustitución conlleve que la empresa siga con su actividad normal; en definitiva, sin verse afectada por la ausencia de sus trabajadores huelguistas.

El derecho de huelga como medida de presión de los trabajadores al empresario solo será efectivo, y así lo reconoce la norma, cuando esta presión provoque un perjuicio a este último. Es por ello que, cuando el empresario sustituye a los trabajadores huelguistas, se produce una situación que choca con el ejercicio del derecho de huelga. Este conflicto, teniendo en cuenta que la posición e intereses empresariales también están tutelados a nivel constitucional- véanse los arts. 33 y 38 de la CE relativos al derecho de propiedad y libertad de empresa- no tiene una resolución única sino basada en la ponderación de derechos. Debemos tener en cuenta que, en cualquier caso, las facultades que confieren al empresario los derechos constitucionales mencionados, entre ellos y muy señaladamente el poder de dirección, no pueden provocar el vaciamiento del derecho de huelga. Ante este panorama, es la jurisprudencia, y muy especialmente, las decisiones del TC las que marcarán las fronteras entre el ejercicio del derecho de huelga y las facultades del empresario de gestionar su empresa. No de forma definitiva, pero sí parece criterio general en la jurisprudencia del TC que siendo el derecho de huelga uno de los encuadrados entre

los Derechos Fundamentales debe prevalecer su tutela y ejercicio frente a los derechos empresariales que no tienen este rango.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992, de 28 de septiembre plasma esta idea de superioridad del derecho de huelga sobre los demás de una manera clara y concisa en su fundamento jurídico 5, que dice así: “el derecho de huelga, que hemos calificado ya como subjetivo por su contenido y fundamental por su configuración constitucional, goza además de una singular preeminencia por su más intensa protección. En efecto, la Constitución reconoce en su art. 37, el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, pero desgaja de este marco general una de ellas, la huelga, para colocarlo en lugar preferente, el art. 28, confiriéndole -como a todos los de su grupo- una mayor consistencia que se refleja en el mayor rango exigible para la Ley que lo regule y en la más completa tutela jurisdiccional, con un cauce procesal ad hoc en la vía judicial ordinaria y el recurso de amparo ante nosotros (arts. 53, 81 y 161 CE.)”.

La sustitución de trabajadores recibe el nombre de esquirolaje, una denominación de connotación histórica negativa, y puede ser tanto interno (cuando los trabajadores huelguistas son sustituidos por trabajadores de la misma empresa), como externo (cuando el empresario sustituye a los trabajadores huelguistas por trabajadores no vinculados a la empresa en el momento de declararse la huelga).

En la norma del 77, que consagraba un modelo muy limitado de huelga, el legislador, en el artículo 6.5 del R.D.-L.R.T., solo prohíbe el que conocemos como esquirolaje externo. Es la jurisprudencia posterior, en aplicación del art. 28.2 CE, la que ha extendido la prohibición al esquirolaje interno y a otras fórmulas de similares consecuencias (esquirolaje tecnológico). La finalidad de extensión de la prohibición es la de evitar que el empresario merme o anule la efectividad del derecho de huelga.

En definitiva, la sustitución de trabajadores o esquirolaje no estará permitida cuando se utilice “como instrumento para privar de efectividad a la huelga, mediante la

colocación de personal no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo”<sup>1</sup>.

### **2.1. El artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo**

Este artículo será el que introducirá la figura del esquirolaje en las situaciones de huelga y la legalidad o ilegalidad del mismo. Como veremos posteriormente, hay determinados supuestos en los que la ley contempla la sustitución de trabajadores como útil en situaciones excepcionales (servicios esenciales para la comunidad y los servicios de mantenimiento y seguridad) y por ello lo permite y lo considera legal. Este artículo se verá matizado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992, que posteriormente se expondrá con el fin de aclarar y delimitar las palabras de dicho artículo y el sentido de este.

¿Qué dice el artículo 6.5 del R.D.-L.R.T y qué se entiende por esquirolaje según este?

El artículo 6.5 del R.D.-L.R.T dice así: “ en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado nº 7 de este artículo”.

De este artículo se desprende el siguiente significado de esquirolaje: “la contratación temporal de trabajadores no vinculados a la empresa al tiempo de declararse la huelga para sustituir a los trabajadores”<sup>2</sup>.

¿A qué situaciones se refiere el apartado número 7 del artículo 6.5 del R.D.-L.R.T.?

La dicción del precepto puede contemplar varias situaciones de esquirolaje, con régimen jurídico diferenciado que, pese a la parquedad del precepto y la necesaria

---

<sup>1</sup> Cfr., Sentencia del Tribunal Constitucional 66/2002, de 28 de septiembre

<sup>2</sup> Sobre esta cuestión véase, SALA FRANCO, T., *Derecho Sindical*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 350.

acomodación al texto constitucional, ha ido precisando la jurisprudencia y que pasaremos a especificar:

1. Esquirolaje, interno y externo, en caso de servicios de mantenimiento y seguridad y servicios mínimos.
2. Esquirolaje para el mantenimiento de la actividad productiva, que puede ser externo e interno y para los que la jurisprudencia ha establecido los márgenes de licitud.

Se refiere a las situaciones en las que es necesaria una garantía de los servicios esenciales para la comunidad y los de mantenimiento y seguridad de las instalaciones empresariales. Siempre y cuando la finalidad del empresario al sustituir los trabajadores huelguistas sea la de garantizar unos servicios esenciales y de mantenimiento y seguridad, esa sustitución será legal en base a lo establecido en el artículo 6.5 del R.D.-L.R.T. Conviene, llegados a este punto, aclarar qué se entiende por unos y otros.

En cuanto a los servicios esenciales no podemos definirlos *a priori*, sino que deberán definirse en función de las circunstancias de la huelga. Además, no depende esta definición de si su titularidad es pública o privada, sino de los bienes que protegen. Estos son los bienes esenciales entre los que se encuentran: los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos<sup>3</sup>.

Seguidamente, cabe saber qué garantiza el mantenimiento de estos servicios. El tenor literal del párrafo segundo del artículo 10 del R.D.-L.R.T. nos conduce a una pluralidad de medidas garantizadoras aunque en la práctica la más extendida es la del establecimiento de servicios mínimos. Los servicios mínimos son aquellos servicios

---

<sup>3</sup> Cfr., Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo (rec. Casación 3930/1994) y TRIBUZIO, J., “La huelga en los servicios esenciales”, <http://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/archivos/curso-cidct-C2P2-03-4-la-huelga-DERECHO-COLECTIVO-GARCIA-MATERIAL-1.pdf> (consultado el día 25/07/2016).



cuyo mantenimiento es imprescindible durante el tiempo que dure la huelga para que se pueda cumplir la finalidad de los servicios esenciales<sup>4</sup>.

Por otro lado, los servicios de mantenimiento y seguridad tendrán la función de “garantizar la integridad de los trabajadores mediante la conservación de los elementos y las herramientas de trabajo sobre las cuales aquellos deberán operar al cese de la huelga y posterior reanudación del ciclo productivo”<sup>5</sup>.

Podríamos decir que los primeros van encaminados a la tutela de ciertos derechos fundamentales y constitucionales; mientras que los otros, tienen la función de proteger concretamente el derecho de propiedad del empresario. “Mientras que en los servicios de mantenimiento se trata de realizar labores distintas a la realización de la actividad productiva, en los servicios esenciales se pretende mantener parte de esa actividad, e independientemente de la misma, habrá servicios de mantenimiento o no”<sup>6</sup>.

El principal problema al que nos enfrentamos respecto de los servicios de seguridad y mantenimiento es el siguiente:

¿Quién debe designar estos servicios y los trabajadores que deben desempeñarlos?

La Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1989, de 8 de abril declara como inconstitucional la parte del artículo 6.7 del R.D.-L.R.T. que se refiere a esta designación. Establece que la designación de estos servicios y la de los trabajadores que van a llevarlos a cabo se hará de mutuo acuerdo entre el empresario y el comité de huelga. En caso de que el empresario se niegue a llevar a cabo una verdadera negociación, las decisiones unilaterales de este lesionarían el derecho de huelga.

En la práctica es muy frecuente que el acuerdo no se logre. Al no llegar a un acuerdo se debería de acudir a los procedimientos judiciales o a algunos acuerdos

---

<sup>4</sup> Cfr., VIVERO SERRANO, J. B., *El mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga*, [ftp://tesis.bbt.ull.es/ccsyhum/cs111.pdf](http://tesis.bbt.ull.es/ccsyhum/cs111.pdf) (consultado el día 26/07/2016), págs. 220 y ss.

<sup>5</sup> Cfr., TRIBUZIO, J., “La huelga en los servicios esenciales”, cit.

<sup>6</sup> Cfr., TORRE GARI, S., “Huelga, servicios esenciales, servicios de seguridad y mantenimiento: la nueva regulación”, en *Estudios Financieros (cef)*, 1992, núms. 113-114, pág. 136.

interprofesionales de solución extrajudicial de conflictos que contemplan como soluciones para estos conflictos la mediación y el arbitraje.

Cuando el empresario ha intentado el acuerdo pero no se ha logrado y por circunstancias de urgencia los tribunales o los procedimientos de resolución extrajudiciales no puedan dar una solución a tiempo, la jurisprudencia ha razonado que este puede hacer una designación unilateral. Esto no quiere decir que no deba acudir a los Tribunales sino que viendo que los tribunales no van a dar respuesta a tiempo, el empresario puede designar unilateralmente a los trabajadores que llevarán a cabo esos servicios no incurriendo en ninguna ilicitud<sup>7</sup>.

Es importante, en este sentido, determinar cuáles son las consecuencias del incumplimiento de los servicios:

En los servicios de mantenimiento y seguridad, el incumplimiento por parte de los trabajadores designados conlleva una sanción disciplinaria y la posibilidad de que el empresario los sustituya (cabe el esquirolaje externo e interno) sin incurrir en ilegalidad<sup>8</sup>. Además, si los miembros del comité de huelga (que deben llegar a un acuerdo con el empresario) no colaboran pueden ser sancionados disciplinariamente<sup>9</sup>.

Por otro lado, el incumplimiento voluntario de los servicios mínimos permite al Gobierno acudir a otras medidas sustituyendo a los trabajadores huelguistas por otros trabajadores o por militares. Además, cabe acudir al arbitraje obligatorio.

Si los trabajadores designados se niegan a prestar los servicios esenciales, estamos ante una causa de despido disciplinario.

Continuando con la cuestión principal, se puede afirmar que el presupuesto fijado en un primer momento, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, para determinar si nos encontrábamos ante una sustitución ilícita de trabajadores huelguistas, sería la vinculación existente entre la empresa y los trabajadores que

---

<sup>7</sup> Cfr., Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1993 (rec. Casación 856/1992) y de 28 de mayo de 2003 (rec. Casación 5/2002).

<sup>8</sup> Cfr., Sentencia del Tribunal Central de Trabajo del 1 de diciembre de 1982.

<sup>9</sup> Cfr., Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1989, de 8 de abril.

sustituirían a los trabajadores huelguistas, en atención al tenor literal del precepto que lo único que prohíbe es el esquirolaje externo:

- En el caso de que esa vinculación fuese anterior a la declaración de la huelga, se asumía que nos encontrábamos en una situación que podríamos calificar como una sustitución lícita y por tanto no habría problema alguno.
- En el caso de que la empresa sustituyese a sus trabajadores huelguistas por otros que no tenían vinculación alguna al momento anterior de la huelga nos encontraríamos ante una sustitución de trabajadores huelguistas ilícita. Ya que el elemento temporal, que será el que determinará la licitud o ilicitud de la acción, sería el contemplado como prohibido por ley al tratarse de un momento posterior a la declaración de la huelga.

Ejemplo de esta primera línea jurisprudencial es la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 13 de diciembre de 1988 que, en un supuesto en el que los trabajadores huelguistas fueron sustituidos por trabajadores que ya tenían una relación laboral con la empresa antes de declararse la huelga, estableció como lícita esta sustitución, basándose, como ya expuse anteriormente, en que la relación laboral con la empresa ya existía antes de que se declarase la huelga y, por lo tanto, no podía considerarse esquirolaje externo. En caso de haberse declarado ilícita este tribunal consideraba que ello "supondría privar al empresario del derecho de dirección y control de la actividad laboral que le reconoce el art. 20 ET, si durante la huelga se viera impedido de organizar y planificar el trabajo con la mano de obra a su disposición".

En contra de lo argumentado hasta ese momento por el Tribunal Central de Trabajo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1989 ( RJ 1989\7422) declaró como ilícita la sustitución de los trabajadores declarados en huelga por otros trabajadores que provenían de otro centro de trabajo de la misma empresa. Estos trabajadores, tenían una relación laboral con dicha empresa con anterioridad a la declaración de huelga (situación lícita según la primera corriente jurisprudencial) y, aun así, el Tribunal Supremo declaró como ilícita dicha sustitución independientemente de la relación de estos con anterioridad o no a la empresa.

Basándonos en lo establecido anteriormente y siguiendo los parámetros actuales de la jurisprudencia respecto de este tema, se deben hacer ciertas puntualizaciones:

- En primer lugar, partiendo de una interpretación literal del artículo 6.5 del R.D.-L.R.T, el esquirolaje que se encuentra prohibido expresamente por este artículo es el esquirolaje externo, no haciendo mención alguna al esquirolaje interno ni a sus formas afines como podría ser el esquirolaje tecnológico.
- En segundo lugar, como bien interpreta Francisca María Ferrando García, la *ratio legis* de este artículo pretende “impedir el menoscabo del derecho fundamental ejercitado mediante la sustitución de los huelguistas, siendo en este punto indiferente que la misma se produzca con trabajadores externos o con trabajadores de superior categoría”<sup>10</sup>. Es por esta interpretación análoga del artículo 6.5 del R.D.-L.R.T que la jurisprudencia, en concreto en la Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992, de 28 de septiembre, ha extendido esta prohibición al esquirolaje interno. Por tanto, el esquirolaje interno, entendido como “la sustitución de los trabajadores huelguistas por los trabajadores no huelguistas mediante la modificación de las funciones, el horario, la jornada o el lugar de trabajo de los no huelguistas, salvo en supuestos de huelga ilegal o incumplimiento de los servicios de seguridad y mantenimiento”<sup>11</sup>, no puede llevarse a cabo, pues de hacerse la voluntad del empresario chocaría con el fin último del artículo 6.5 del R.D.-L.R.T que, como ya hemos dicho antes, es el de impedir que se perjudique el derecho de huelga de los trabajadores como derecho fundamental que estos últimos tienen en base al artículo 28.2 CE.
- Esta misma jurisprudencia, también ha vedado la contrata o subcontrata de empresas de obras y servicios para impedir el posible perjuicio que los

---

<sup>10</sup> Cfr., FERRANDO GARCÍA, F., “Comentario: Un nuevo avance en la doctrina constitucional sobre sustitución interna de huelguistas: del efecto 'anestésico' de las facultades directivas a la obligación empresarial de garantizar la eficacia de la huelga. Comentario a la STC 33/2011, de 28 de marzo (rec. Amparo 6171/2004)”, en *Revista de Derecho Social* (abril), 2011, núm.54, pág. 185.

<sup>11</sup> Sobre esta cuestión puede verse, SAGARDOY & ABOGADOS., “La huelga y el cierre patronal: Procedimiento de la huelga”, en *Compendio Sagardoy de Derecho del Trabajo*, Sagardoy Abogados,

trabajadores huelguistas podrían ocasionar a la empresa en el desarrollo de su derecho de huelga. Del mismo modo, extiende esta prohibición a la sustitución de trabajadores huelguistas por familiares o por aquellos que trabajan por razones de amistad o de buena vecindad.

- También queda extendida esta prohibición a las empresas de trabajo temporal, es decir, la empresa de trabajo temporal no podrá poner a disposición de la empresa usuaria trabajadores que bajo su dirección sustituirían a los trabajadores huelguistas. Esta prohibición se encuentra a su vez contemplada en el art. 8. A) de la LETT que establece lo siguiente: “Las empresas no podrán celebrar contratos de puesta a disposición en los siguientes casos: a) para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria”.

En el caso de que el empresario, aun sabiendo que se trata de una conducta ilícita que le podría hacer incurrir en una infracción sancionable (que en un epígrafe posterior analizaremos con más profundidad) sustituya los trabajadores huelguistas, estos nuevos contratos de los trabajadores sustitutos serían nulos y se les aplicaría el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores. Este artículo establece que el trabajador sustituto “podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido”.

Como conclusión, podemos afirmar que cualquier tipo de sustitución de trabajadores durante la huelga está prohibida bien por la norma, o bien por una interpretación jurisprudencial de esa norma.

Por su parte, la sustitución externa o esquirolaje externo está prohibida expresamente por el artículo 6.5 del R.D.-L.R.T y la sustitución interna o esquirolaje interno y sus figuras afines (como es el esquirolaje tecnológico) están prohibidas en este caso por la jurisprudencia tras una interpretación analógica del artículo mencionado anteriormente.

## 2.2. El *ius variandi* del empresario y su relación con el derecho de huelga

¿Qué es el *ius variandi* del empresario?

Esta locución latina se traduce como “poder de modificación”<sup>12</sup>. En un sentido jurídico-laboral el *ius variandi* sería el poder de dirección extraordinario del empresario. Dicho poder conlleva la posibilidad de variar o modificar, siempre dentro de los límites establecidos legalmente, condiciones de trabajo no ligadas al contrato. Para Román De la Torre, el poder dirección supone, realizar cambios no esenciales pero sí necesarios dentro de lo ya determinado en el contrato de trabajo; mientras que el concreto *ius variandi* del empresario va más allá, pues, estos cambios serán extraordinarios y desbordan los límites fijados por los elementos esenciales del contrato originario<sup>13</sup>.

¿Cuál es la relación entre el *ius variandi* del empresario y el derecho de huelga de los trabajadores?

En primer lugar, es necesario conocer cuáles son las partes implicadas en la huelga y cuáles son sus intereses. Nos encontramos distintos sujetos implicados:

- Los trabajadores huelguistas: su principal interés es que se lleve a cabo la huelga sin obstáculos para poder ejercer presión sobre el empresario y conseguir así el fin con el que convocaron dicha huelga. Ese interés viene ratificado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992 que dice lo siguiente: “este en principio consiste en la cesación del trabajo en cualquiera de sus manifestaciones, [...] En tal contexto también resulta esencial la consecución de una cierta eficacia, como indica nuestra sentencia 41/1984”. (fundamento jurídico 4.º). Es esta eficacia la que podemos considerar como el interés fundamental de los trabajadores huelguistas.

---

<sup>12</sup> Cfr., RIBÓ DURÁN, L., *Diccionario de Derecho*, Bosch, Barcelona, 2005 citado por LEAL LÓPEZ, S., “La problemática de la sustitución de trabajadores huelguistas”, [https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2015/133241/TFG\\_sleallopez.pdf](https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2015/133241/TFG_sleallopez.pdf) (consultado el día 26/07/16)

<sup>13</sup> Cfr., ROMAN DE LA TORRE, M.ª. D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Grapheus, Valladolid, 1992, págs. 96 y ss.

- El empresario: poseedor de las potestades de organizar la empresa y dirigir las prestaciones laborales<sup>14</sup>. Estas potestades se manifiestan en el *ius variandi* del empresario que se traduce como la “facultad del empresario de alterar unilateralmente las condiciones de la prestación de servicios”<sup>15</sup>.

La huelga afectará a los intereses de los empresarios y es por ello que, dentro de lo posible (teniendo en cuenta los límites) y siempre empleando medios legales, intentarán defenderse y continuar con su actividad empresarial. Su principal interés es que la huelga afecte mínimamente a su actividad empresarial y no le produzca daños en sus instalaciones (es por eso que se considera la excepcionalidad de la contratación de esquirols para garantizar los servicios de mantenimiento y seguridad).

- Los trabajadores no huelguistas: el artículo 6.4 del Real Decreto-Ley 17/1977 y la Sentencia del Tribunal Constitucional 254/1988, de 21 de diciembre, amparan la vertiente positiva (sumarse a la huelga convocada) y la vertiente negativa (no sumarse a la huelga convocada) del derecho constitucional de huelga. En este caso, los trabajadores no huelguistas al no sumarse a la huelga convocada defienden el interés de ejercer su profesión.

- Otros interesados: los usuarios de los servicios esenciales para la comunidad. La Constitución Española y la jurisprudencia<sup>16</sup> establecen que se impone un sacrificio tanto a los trabajadores huelguistas, como a los usuarios, que no verán satisfechas todas sus prestaciones sino solo las que se consideran vitales.

Del mismo modo, a estos trabajadores no se les puede imponer la realización del trabajo del resto de trabajadores huelguistas. La Sentencia del Tribunal Constitucional 33/2011, de 28 de marzo, lo contempla así: “ni el empresario puede imponer a los trabajadores no huelguistas la realización de

<sup>14</sup> Potestades reconocidas por los artículos 1.1,5, c) y 20 del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>15</sup> Sobre esta cuestión puede verse, CAVAS MARTINEZ, F., “Derecho de huelga y sustitución de trabajadores huelguistas. Límites jurídicos al *ius variandi* empresarial”, en *Diario La Ley*, La Ley, 1993, Pág. 1016.

<sup>16</sup> Cfr, Sentencias del Tribunal Constitucional 43/1990, de 15 de marzo y 123/1990, de 2 de julio.

las tareas que corresponden a los que secundaron la convocatoria, ni los trabajadores que libremente decidieron no secundarla pueden sustituir el trabajo de sus compañeros. Esa regla general admite dos excepciones, conectadas a las previsiones legales sobre el aseguramiento de determinados servicios mínimos esenciales para la comunidad (art. 10 del Real Decreto-ley 17/1977), y a las previsiones sobre los servicios de seguridad y de mantenimiento en la empresa (art. 6.7 del Real Decreto-ley 17/1977)”.

Una vez analizadas las partes implicadas en la huelga y los intereses que estas partes defienden, es necesario establecer la relación que hay entre ellas. Como ya se estableció en epígrafes anteriores, los trabajadores huelguistas ejercen su derecho a huelga para paralizar en cierta manera o para presionar al empresario de manera que este claudique ante sus intereses y objetivos. Por su parte, el empresario usará su poder de dirección, su *ius variandi*, para minimizar en la medida de lo posible los daños que los trabajadores huelguistas puedan producir en la empresa y en concreto en la actividad de esta.

¿Pero cuál de estos derechos prevalece?

La jurisprudencia y, en concreto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992, de 28 de septiembre, ha acudido para resolver esta cuestión a la posición que tienen estos derechos en el sistema jurídico y lo establece en su Fundamento Jurídico 3º de la siguiente manera: “para (su) hallazgo se hace necesaria la ponderación de los intereses en pugna a la luz de los principios constitucionales respectivos”. Es por ello necesario analizar el lugar que ocupa cada uno de estos derechos y, tras ello, valorar cuál tiene prioridad y cuál prevalece sobre el otro en caso de incompatibilidad.

Por un lado, nos encontramos con el derecho a huelga que esta sentencia considera como “constitucionalmente consagrado, en coherencia con la idea del estado social y democrático de Derecho” y “que se refleja en el mayor rango exigible para la Ley que lo regule y en la más completa tutela jurisdiccional, con un cauce procesal ad hoc en la vía judicial ordinaria y el recurso de amparo ante nosotros (arts. 53, 81 y 161



de la Constitución)”<sup>17</sup>. Por lo tanto, al ser reconocido por la constitución como derecho fundamental, se le otorga una tutela especial, un régimen de protección que solo ostentan los derechos reconocidos en la sección 1.<sup>a</sup> del capítulo II, título I de la Constitución.

Por otro lado, nos encontramos con el *ius variandi* que se le otorga al empresario como contenido derivado del derecho de libertad de empresa (proclamado por el artículo 38 de la Constitución española). Este derecho no goza del carácter de derecho fundamental por lo que no disfrutará de esa especial protección.

Es de esta situación de sobreprotección del derecho de huelga de la que nace la supremacía de este sobre el *ius variandi*. Por tanto, podemos afirmar que el derecho que prevalece será el derecho de huelga que tendrá la facultad de “anestesiar” otros derechos que pudiesen vaciar de contenido el derecho de huelga.

No es legal que el empresario ejerza su poder de dirección para eliminar o de alguna manera minimizar todo lo posible la presión que ejercen los trabajadores huelguistas. La propia Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992 prohíbe expresamente las acciones que llevan a cabo los empresarios siempre y cuando supongan “privar de efectividad a la huelga”, que “directa o indirectamente neutralice o incluso aminore los efectos materialmente perjudiciales que la legítima paralización del trabajo representa”, o “intentar reducir o privar de efectividad el ejercicio de tal derecho fundamental”.

El Tribunal Constitucional en esta misma sentencia ha declarado que esa supremacía del derecho de huelga sobre el *ius variandi* como derecho del empresario “produce durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial”<sup>18</sup>. Posteriormente declara que “lo relevante es la intención empresarial, de forma que si lo que se trata es eliminar o mitigar los efectos de una huelga legal tal medida ha de entenderse ilícita”. La Jurisprudencia aquí se refiere directamente a esa preeminencia

---

<sup>17</sup> Cfr., Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992, de 28 de septiembre, Fundamentos Jurídicos 4º y 5º.

<sup>18</sup> Cfr., Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992, de 28 de septiembre, Fundamento Jurídico 4.

del derecho de huelga sobre el derecho del empresario; preeminencia que la ley atribuye a los trabajadores por considerarlos en una posición más débil frente al empresario.

Doctrinalmente son, entre otros autores, Matía Prim y Martín Valverde quienes han examinado la cuestión llegando a las siguientes conclusiones. De las extraídas por Matía Prim destaco lo siguiente: “es patente que el derecho de huelga limita el derecho de libertad de empresa en cuanto impide el ejercicio de la facultad de organización del empresario que forma parte del contenido del derecho”, lo que es “la natural consecuencia del reconocimiento del derecho de huelga”. Sin embargo, el derecho de huelga de los trabajadores “no puede conducir a una plena anulación del de libertad de empresa, de forma tal que un cierto contenido de este debe quedar inmune a la actuación de aquél”<sup>19</sup>. Este autor aboga por una primacía del derecho de huelga sobre el derecho de libertad de empresa. Sin embargo, explica que esa primacía no será absoluta, pues cierto contenido del derecho de libertad de empresa quedará inmune frente al derecho de huelga.

Por su parte, Martín Valverde establece que la compaginación del “interés de los empresarios en mantener o conservar la rentabilidad y la productividad de las empresas afectadas por la huelga”, (interés merecedor de protección en el artículo 38 CE), “con el derecho a la cesación de la actividad de trabajo”, implica que para que ese interés empresarial se vea satisfecho y que la empresa no resulte perjudicada de manera desproporcionada (excediendo de lo que supone inevitablemente la interrupción de actividad en que la huelga consiste) el empresario podrá disponer de medidas colectivas (cierre patronal defensivo). Este tipo de cierre patronal es el único que se considera legal. El artículo 12 del R.D.-L.R.T. establece en qué casos podemos acudir al cierre patronal y son los siguientes: “a) Existencia de notorio peligro de violencia para las personas o de daños graves para las cosas”, “b) Ocupación ilegal del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias, o peligro cierto de que esta se

---

<sup>19</sup> Sobre esta cuestión véase, MATIA PRIM, J., *El abuso del derecho de huelga*, CES, Madrid, 1996, Págs. 182-184.

produzca” o “c) Que el volumen de la inasistencia o irregularidades en el trabajo impidan gravemente el proceso normal de producción”<sup>20</sup>.

¿Cuándo se considera abusivo el ejercicio del *ius variandi*?

Según la importante Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992, se considera el ejercicio de este poder abusivo cuando en el “contexto de una huelga legítima alcance a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo”.

Esta misma consideración la hace la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 411/2009, de 22 de mayo, precisando lo siguiente: “Pero también cuando tal sustitución se encomienda a trabajadores internos de la propia empresa cuyas funciones no son coincidentes con las de los huelguistas, pues en tal caso se produce una novación contractual en las funciones de aquéllos que representa un ejercicio abusivo del «*ius variandi*» empresarial”. En este mismo sentido se pronuncia también la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1995, resolviendo el recurso de casación número 1319/1994.

---

<sup>20</sup> Sobre esta cuestión véase, MARTÍN VALVERDE, A., “La doctrina general sobre el derecho de huelga en la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981”, en revista *Relaciones Laborales*, 1997, nums. 15-16, págs. 81 y ss.

### 3. FORMAS DE ESQUIROLAJE: EL ESQUIROLAJE INTERNO

Una vez definido el esquirolaje (sustitución de trabajadores huelguistas) en el segundo epígrafe de este trabajo, abordada la problemática y la ambigüedad que surge tras una interpretación de su artículo regulador (artículo 6.5 del R.D.-L.R.T) y analizada la relación del *ius variandi* del empresario con el derecho de huelga y la preeminencia de este último, es conveniente profundizar cuáles serán las líneas, tanto doctrinales, como jurisprudenciales al respecto y las conclusiones derivadas de las distintas sentencias y, muy concretamente, las conclusiones de la ya mencionada numerosas veces Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992, de 28 de septiembre.

Además de ello, se hará una mención especial al esquirolaje tecnológico, tanto desde un punto de vista doctrinal, como desde un punto de vista jurisprudencial, con el análisis de la línea jurisprudencial que se ha seguido sobre este asunto.

#### 3.1. Evolución jurisprudencial: Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992 de 28 de septiembre

Antes de abordar de una manera exhaustiva la sentencia que da nombre a este epígrafe, nos centraremos en la evolución que han sufridos las diferentes interpretaciones del esquirolaje y, en concreto, el esquirolaje interno.

Es intrínseca a la ambigüedad del artículo 6.5 del R.D.-L.R.T. la problemática y las distintas líneas jurisprudenciales y doctrinales que dudan acerca de si está permitido y, por tanto, es legal la sustitución de trabajadores huelguistas. A continuación se exponen las distintas visiones acerca de ello:

- Uno de los sectores doctrinales opta por determinar como “permitido” el esquirolaje interno. Entre los autores que apoyan dicha teoría se encuentran Alonso Olea, Ojeda y Rodríguez Sañudo. Estos autores argumenta su posición en base a la siguiente expresión: “lo que no está prohibido está permitido”, “si la ley hubiera querido prohibirlo lo habría hecho”. Esta posición doctrinal y también jurisprudencial (Sentencia del Tribunal Central de Trabajo 613/1988, de 13 de diciembre) considera que, según una interpretación literal del artículo 6.5 del R.D.-L.R.T., se entiende como contemplada únicamente la prohibición

del esquirolaje externo. Por tanto, consideran que la ley debe establecer expresamente la prohibición del esquirolaje interno. Al no haberla establecido de una forma expresa no se puede deducir dicha prohibición de la dicción del precepto. En conclusión, esta corriente jurisprudencial establece como acto ilegal el esquirolaje externo amparándose en lo decretado en el tenor literal del artículo 6.5 del R.D.-L.R.T. Por otro lado, al no estar contemplado en el artículo el esquirolaje interno, considera que este es plenamente legal.

- Por el contrario, el otro sector doctrinal considera que es ilegal la sustitución interna de trabajadores huelguistas. Esta corriente es seguida por autores como Cruz Villalón, García Perrote, Goerlich y el ya mencionado Sala Franco. Además, es la línea jurisprudencial asentada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992, de 28 de septiembre, y la que anteriormente se siguió por el Tribunal Supremo en contra de la línea jurisprudencial que predominaba en esos momentos<sup>21</sup>. A partir de esta fundamental sentencia la línea jurisprudencial que se seguirá será la que establece la ilegalidad de la práctica de esquirolaje interno. Estos autores y tribunales interpretan de una manera extensiva el artículo 6.5 del R.D.-L.R.T. y consideran, de distinta manera que los anteriores, que la ley en caso de querer establecer un mecanismo de defensa legal del empresario frente a una huelga lo ha hecho ya expresamente. Los supuestos que contemplan estos mecanismos de defensa del empresario frente a sus trabajadores son la garantía de los servicios esenciales y los de mantenimiento y seguridad.

Por tanto, al no establecer más mecanismos, se entiende que la ley considera suficientes los ya estipulados y que no debe presumirse el esquirolaje interno como otra forma de protección. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 14 de julio de 1992 (rec. de suplicación 2059/1992) (sentencia que empieza a romper con la jurisprudencia que se seguía hasta el momento) lo expone de la siguiente manera:

---

<sup>21</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1989 (RJ 1989\7533) y Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1989 (RJ 1989\7422).  
y 24 de octubre de 1989.

“La posibilidad de sustitución (de trabajadores huelguistas por parte de trabajadores vinculados a la empresa desde antes de la huelga) no puede ser entendida en términos tan omnicomprendivos que atenten al recíproco deber de lealtad y buena fe que perdura durante la huelga, pues la libertad de trabajar de los que no se sumaron a la huelga así como las facultades de dirección y control de empresario para organizar y planificar el trabajo con la mano de obra a su disposición no les autoriza a excluir con ello el típico efecto limitador de la huelga en la esfera de la libertad del empresario, vaciando el contenido de este derecho fundamental [...] Una interpretación del (art. 6.5 del RDLRT) en el sentido más favorable a la eficacia del derecho fundamental, como ordena el art. 5.1 de la LOPJ, obliga a entender que la prohibición de sustitución se refiere no solo a trabajadores extraños a la empresa sino también a los que perteneciendo a su plantilla no desempeñen habitualmente las tareas propias de los huelguistas”.

Otras son las sentencias que también han seguido esta argumentación: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 2609/1992, de 16 de diciembre de 1992(Ar/2809), en la que se juzgaba la sustitución de trabajadores huelguistas en una Compañía Naviera por trabajadores de la propia empresa pertenecientes a otros buques que no estaban en huelga; la Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de mayo de 1995 (Ar/3752) , en la que RENFE sustituyó a trabajadores huelguistas por otros de sus trabajadores que tenían una categoría análoga o superior; o la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 10 de marzo de 1999 (Ar/1471), en la que los huelguistas son sustituidos por otros trabajadores desplazados de otros centros de la empresa.

Una vez delimitadas las distintas corrientes jurisprudenciales y lo que las diferencia entre ellas, haremos un exhaustivo análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992, de 28 de septiembre. Esta sentencia resuelve el recurso de amparo número 301/1989, planteado contra la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo 613/1988 de 13 de diciembre, por una supuesta vulneración del derecho de huelga consagrado en el art. 28.2 de la Constitución Española.

El comienzo de dicho análisis pasa por determinar los hechos que llevaron a la sentencia que supondrá el inicio de la prohibición del esquirolaje interno:

El 18 de julio de 1986 los trabajadores fijos discontinuos de la empresa “Loreto Sociedad Anónima” secundan la huelga convocada. Sin embargo, los trabajadores fijos, ejerciendo la vertiente negativa del derecho de huelga no se adhieren a esta. La empresa, por su parte, para intentar no interrumpir su actividad productiva, destina voluntariamente a los trabajadores fijos (que no habían secundado la huelga) a los puestos de trabajo de los huelguistas. Cabe destacar que los trabajadores fijos destinados a esos nuevos puestos de trabajo carecen de la categoría profesional correcta, pues provienen de una categoría profesional inferior. Esta sustitución deriva en un resultado de huelga diferente al que pretendían los trabajadores huelguistas. Tras desestimarse judicialmente el asunto en distintas ocasiones, el comité de empresa decide, en nombre de los trabajadores demandantes (los trabajadores fijos discontinuos que si acuden a la huelga y que ejercen la vertiente positiva de este derecho), recabar el amparo constitucional por vulneración del derecho fundamental de huelga.

El Alto Tribunal admite el asunto y dicta la Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992, de 28 de septiembre. De esta se sentencia se extraen de manera resumida los siguientes razonamientos del Tribunal Constitucional:

- Los cambios que lleve a cabo el empresario en razón de su poder de dirección y, por tanto, ejerciendo su *ius variandi* “están imaginados para situaciones corrientes o excepcionales, incluso como medidas de emergencia, pero siempre en un contexto de normalidad con un desarrollo pacífico de la relación laboral, al margen de cualquier conflicto”.
- El Tribunal, como ya expuse en el subepígrafe 2.2<sup>22</sup>, hace una ponderación de los derechos que chocan o, de alguna manera, se contradicen para determinar cuál de ellos prevalecerá. Una vez delimitados, cuáles son los lugares que estos ocupan en el ordenamiento jurídico, el tribunal pasa a determinar cuál será el que prevalecerá. En ese caso, al tratarse el derecho de huelga de un derecho de

---

<sup>22</sup> Cfr., El *ius variandi* del empresario y su relación con el derecho de huelga

carácter fundamental reconocido en la sección 1.<sup>a</sup> del capítulo II, título I de la Constitución, disfruta de una tutela especial que hará que este derecho prevalezca sobre el derecho de libertad de empresa y, por tanto, sobre el *ius variandi* del empresario. El Tribunal establece que esta preeminencia “produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiarse, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial”, como “sucede con la potestad directiva del empresario [...], de la cual son emanación las facultades que le permiten una movilidad del personal, ascensional e incluso peyorativa [...], en caso de necesidad”.

- Por último, declara cuando se vacía el contenido esencial del derecho de huelga, que se produce con “el ejercicio de tal facultad (potestad directiva del empresario) cuando se utiliza como instrumento para privar de efectividad a la huelga, mediante la colocación de personal cualificado (...) en puestos de trabajo con una calificación mínima, deja inermes a los trabajadores manuales, cuya sustitución es fácil y puede privarles materialmente de un derecho fundamental, vaciando su contenido esencial” .

Por todo ello, el Tribunal concluye, respecto del supuesto juzgado, que “la sustitución interna, en el supuesto que ahora y aquí nos ocupa, constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el «*ius variandi*», con una posibilidad de novación contractual, desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo”. Además, aclara que solo serán posibles y legales las medidas de conflicto colectivo amparadas por el artículo 37 de la Constitución Española.

De este mismo modo se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional 33/2011, de 28 de marzo, en la que durante una huelga general los trabajadores huelguistas son sustituidos, en este caso, por trabajadores de nivel superior que



“lograron que se editase el diario (...) el día de la huelga”. Siguiendo la doctrina ya asentada por el Tribunal Constitucional, llegando a las siguientes conclusiones:

- Que “la «sustitución interna» de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo del *ius variandi* empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde a otras situaciones”.
- Que “en un contexto de huelga legítima el referido *ius variandi* no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones”, porque, “en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo”.
- Que “ni el empresario puede imponer a los trabajadores huelguistas la realización de las tareas que corresponden a los que secundaron la convocatoria, ni los trabajadores que libremente decidieron no secundarla pueden sustituir el trabajo de sus compañeros” porque se pondría en juego la efectividad del derecho de huelga de los trabajadores que la secundan.
- Que en caso de que se lleven a cabo acciones limitativas del derecho de huelga contempladas como no permitidas, será responsable de estas el titular de la empresa.

### 3.2. El esquirolaje tecnológico

¿Qué es el esquirolaje tecnológico?

El esquirolaje tecnológico es la sustitución de trabajadores huelguistas por medios técnicos. Consiste en continuar la actividad empresarial mediante la sustitución de los trabajadores huelguistas por medios automáticos o mecánicos.

¿Es clara y lineal la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

Existen dos corrientes o líneas jurisprudenciales distintas que se exponen a continuación:

- Como ya sucedió con las distintas corrientes doctrinales y jurisprudenciales del esquirolaje interno, el Tribunal Supremo también entendió en su Sentencia, que resuelve el recurso 75/2000, de 4 de julio, que “lo que no está expresamente prohibido está permitido”. Por lo tanto, se le permite al empresario la sustitución de trabajadores huelguistas por medios tecnológicos al no estar prohibido expresamente por la ley. Esta línea doctrinal y jurisprudencial es la que siguió en un primer momento el Tribunal Supremo en los casos de esquirolaje tecnológico. Este Tribunal, en la sentencia anteriormente citada, establecía lo siguiente respecto a esta idea: “De conformidad con su desarrollo en la legalidad ordinaria, contenida en el Real Decreto Ley de 4 de marzo de 1.977, depurado por la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1.981, el derecho de huelga aparece configurado como una presión legal al empresario que debe soportar las consecuencias naturales de su ejercicio por parte de los trabajadores que se abstienen de trabajar. No se impone, el deber o la obligación de colaboración con los huelguistas en el logro de sus propósitos. La Ley le veta la sustitución de los trabajadores huelguistas por trabajadores externos (artículo 6 del Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo). La interpretación jurisprudencial de este mandato le restringe el uso de las facultades de organización que le son propias, en orden a exigir la movilidad funcional (Sentencias del Tribunal Constitucional 123/1.992 de 28 de septiembre, y del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1.989 y 8 de mayo de 1.995). Pero no hay precepto alguno que prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa, para atenuar las consecuencias de la huelga”. Aunque se pierda la efectividad del derecho de huelga y se vacíe el contenido de este derecho: “Si, a pesar de haberse efectuado, con los paros de los trabajadores que participaron en ella, las emisiones no fueron interrumpidas, sin que los huelguistas fueran sustituidos por otros trabajadores, ni extraños a la empresa, ni de su propia plantilla, el

derecho fundamental no se ha vulnerado. Este derecho garantiza el que los huelguistas puedan realizar los paros sin ser sancionados por ello. No asegura su éxito, ni en el logro de los objetivos pretendidos, ni en el de conseguir el cese total de la actividad empresarial”.

Así pues, la única diferencia que reconoce este Tribunal respecto de este mismo argumento referido al esquirolaje interno es que la sustitución se produce con medios mecánicos y automáticos y no por otro trabajador de la empresa. Aun reconociendo esa única diferencia se inclina por una solución distinta: permite el esquirolaje tecnológico por no existir precepto alguno que directamente se lo prohíba.

- En la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2012, que resuelve el recurso 265/2001, se establece una nueva doctrina en la que sí se prohíbe el esquirolaje tecnológico. La razón de ser de este cambio en la doctrina es que el Tribunal Supremo aplica lo seguido por el Tribunal Constitucional en las Sentencias 183/2006, 184/2006, 191/2006 y 193/2006, todas de 19 de junio. Se ampara en estas sentencias porque se está juzgando un caso similar. El Tribunal Constitucional considera que si se usan medios tecnológicos con el fin de minimizar los efectos que produciría la huelga, elimina de esta su poder de presión sobre el empresario, vulnerando así el derecho fundamental de huelga proclamado por la Constitución Española. Fundamenta su prohibición del esquirolaje tecnológico con los siguientes argumentos:
  - Como ya se expuso en epígrafes anteriores, se produce una confrontación entre el derecho de huelga (derecho constitucional fundamental) y el derecho de libertad de empresa (derecho no fundamental). Esta confrontación se resuelve a favor del derecho de huelga que goza de una excepcional protección. En caso de verse eliminada esa especial protección a favor de la no

limitación de los poderes empresariales estaríamos acabando con su eficacia y, por lo tanto, con el propio derecho de huelga.

- El uso de medios tecnológicos, automáticos o mecánicos, para sustituir a los trabajadores huelguistas priva de efecto a la presión que esa huelga pretendía conseguir, por lo que se vacía el contenido esencial del derecho. El empresario no puede realizar ninguna acción que impida a los trabajadores huelguistas llevar a cabo su huelga entendida como medio de presión frente al empresario.
- Por último, el Tribunal Constitucional, interpela al Tribunal Supremo a que rechace la interpretación *a contrario sensu* de la prohibición del esquirolaje. Es decir, que aunque la norma prohíba únicamente el esquirolaje externo, eso no significa que todas las demás conductas (esquirolaje interno y esquirolaje tecnológico) estén permitidas.

Esta línea jurisprudencial se sigue en la Sentencia del Tribunal Constitucional 33/2011, de 28 de marzo, en la que el periódico ABC utiliza directivos y altos mandos para emitir y repartir una pequeña tirada de periódicos. Esta acción es considerada ilegal por el tribunal alegando que esto produjo “un vaciamiento del contenido del derecho a huelga, o una desactivación o aminoración de la presión asociada a su ejercicio”.

Por otra parte, es también importante la siguiente cuestión subyacente: ¿es necesaria una voluntad por parte del empresario de reducir intencionadamente los efectos de la huelga (criterio subjetivo) o bastará con que a raíz de la actuación de este se reduzcan los posibles efectos de la huelga, independientemente si esto era lo que pretendía o no el empresario?

La línea jurisprudencial seguida en la actualidad por el Tribunal Supremo ha continuado los pasos instaurados por nuestro Tribunal Constitucional. En concreto, en la Sentencia 33/2011, de 28 de marzo, este tribunal establece que, independientemente

de que *«sea de forma intencional, o sea de forma objetiva»*, si la sustitución, como establecimos en uno de los argumentos de la disyuntiva anterior, produce un vaciamiento del contenido del derecho de huelga, o la desactivación o aminoración de la presión de la huelga se considerara vulnerado este derecho.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2012, que resuelve el recurso de casación 265/2011, establece lo siguiente: “ la doctrina que, con carácter general, formulamos en la presente sentencia es la siguiente : No solo en el supuesto de que se utilicen medios humanos (trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos) para la realización de actividades que exceden de los servicios decretados como esenciales, se lesiona el derecho de huelga, sino que también se lesiona este derecho cuando una empresa del sector de radiodifusión sonora y televisión emite programación o publicidad por medios automáticos, en el caso de que dicha actividad empresarial, aun cuando sea mediante la utilización de medios mecánicos o tecnológicos, priva materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental, vaciando su contenido esencial de manera que no cabe el uso de las prerrogativas empresariales, aún amparadas en la libertad de empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga, y ello por la propia naturaleza de este derecho y también del de libertad de empresa que no incorpora a su contenido facultades de reacción frente al paro”.

Con este último extracto de Sentencia, podemos resumir la cuestión general sobre la legalidad o ilegalidad del esquirolaje tecnológico. Por lo expuesto en esta sentencia, podremos afirmar esta ilegalidad cuando por las acciones del empresario se prive a los trabajadores de su derecho fundamental y se vacíe el contenido esencial del derecho de huelga.

#### 4. SANCIONES AL EMPRESARIO

Una vez delimitado qué es el esquirolaje interno y cuál es la respuesta de la jurisprudencia frente a estas acciones, hay que pasar a determinar cuáles son las posibles sanciones que recibirá el empresario por el uso de estas acciones limitadoras del derecho fundamental de huelga. Este régimen sancionatorio tiene distintas vías de tutela:

- Vía judicial: Procedimiento especial de tutela de los derechos fundamentales. La Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS, en adelante) contempla en su Título V este procedimiento especial: “De la tutela de la libertad sindical y represión de las conductas antisindicales” (artículos 12-15). Este procedimiento especial, preferente y sumario, de protección de los derechos fundamentales, además está desarrollado en los artículos 175 a 182 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

Esta regulación considera “nulos y sin efecto [...] las decisiones unilaterales del empresario que [...] sean favorables o adversas [...] al ejercicio en general de actividades sindicales”<sup>23</sup>.

Aquel trabajador que considere lesionado su derecho de huelga podrá recabar la tutela de este a través de ese procedimiento especial, preferente y sumario.

Por último, el artículo 15 de la LOLS establece una cesación del comportamiento antisindical si el órgano judicial entiende que se produce la violación del derecho.

- Vía administrativa: Esta sanción está contemplada como muy grave por el artículo 8.10 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, LISOS). Este artículo dice así:

---

<sup>23</sup> Cfr., Artículo 12 de La Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

“Son infracciones muy graves: 10: Los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio, salvo en los casos justificados por el ordenamiento”.

Aquí volvemos a encontrarnos con distintas corrientes jurisprudenciales, pues, como en el caso del artículo 6.5 del del R.D.-L.R.T., solo se prohíbe expresamente el esquirolaje externo sin mención alguna al interno. Esta situación la resolvió la ya analizada sentencia 123/1992, de 28 de septiembre, extendiendo esta prohibición al esquirolaje interno.

Algunos autores como Pedrajas Moreno y Sala Franco<sup>24</sup> consideran que el esquirolaje interno no puede ser sancionado por la vía administrativa y, en concreto, por el artículo 8.10 LISOS, porque este está exclusivamente dirigido al esquirolaje externo y en base al principio de tipicidad de las sanciones sería imposible extender esta sanción al esquirolaje interno.

- Vía penal: se tipifica como delito del artículo 315.1 y 2 del Código Penal la conducta que impide o limita el derecho de huelga. Las penas serán superiores si se llevan a cabo mediante coacciones. Por tanto, el esquirolaje es tipificado como delito en el momento en el que se convierte en un límite al derecho de huelga. El artículo 315.1 y 2 del Código Penal dice así:

“1. Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga.

---

<sup>24</sup> PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T., “Miscelánea jurisprudencial sobre el recurso al esquirolaje externo e interno por parte de la empresa durante la huelga”, en *Boletín Laboral Abdón Pedrajas*, 2012, pág. 3

2. Si las conductas reseñadas en el apartado anterior se llevaren a cabo con coacciones serán castigadas con la pena de prisión de un año y nueve meses hasta tres años o con la pena de multa de dieciocho meses a veinticuatro meses”.



## 5. CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo se han planteado una serie de cuestiones, todas ellas relacionadas con la disyuntiva de la legalidad o ilegalidad del esquirolaje interno.

Pues bien, como podemos ver tras el análisis exhaustivo de los distintos epígrafes, se llega a una primera conclusión: y es que el artículo 6.5 del R.D.-L.R.T., artículo que forma parte de normativa preconstitucional, da lugar a numerosas dudas y situaciones poco claras que distintos sectores de la jurisprudencia y la doctrina han resuelto de maneras diversas. La jurisprudencia, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992, de 28 de marzo, ha resuelto dicho problema en favor de considerar como ilegal el esquirolaje interno por vaciar de contenido el derecho de huelga.

Lejos de acabar con el problema, la regulación administrativa de las posibles sanciones a los empresarios que sustituyen a sus trabajadores huelguistas con este tipo de esquirolaje cuenta con la misma falta pues tampoco se contempla esa sanción para el esquirolaje interno sino únicamente para el externo.

Es a raíz de esta primera conclusión que llego a la siguiente: el problema de contar con una regulación preconstitucional para una figura actual y prominente como es la huelga en estos días es muy considerable. No se puede estimar tutelado correctamente un derecho tan importante como el de huelga si los límites que se le establecen al empresario (prohibición del esquirolaje) no están total y claramente regulados. La falta de una regulación postconstitucional hace que el fin principal de considerar el derecho de huelga como un derecho preeminente sobre el de libertad de empresa no sea realmente así.

El artículo 28.2 de la Constitución Española tenía el objetivo de permitir que la parte débil económicamente (los trabajadores) pudiera defenderse de la parte más fuerte (el empresario). Con esa deficitaria regulación se consigue lo contrario pues el empresario se puede respaldar en esa falta de penalización del esquirolaje interno y usarlo a su favor.

Es por ello necesaria una nueva redacción que no de lugar a tantas lagunas o posibles interpretaciones de distinto signo. Además creo que esa nueva regulación debería seguir el camino abierto por la sentencia 123/1992, de 28 de septiembre, y considerar, como ya lo hizo el Tribunal Constitucional, el esquirolaje interno como ilegal y, por tanto no permitido para que de esta manera el trabajador sí pueda considerar tutelado de una manera efectiva su derecho de huelga.

Por último, como el el caso anterior, es necesaria una regulación más extensa, por no decir específica, del esquirolaje tecnológico. Al tratarse de un problema de plena actualidad, el ordenamiento jurídico debería centrar sus esfuerzos en catalogarlo correctamente y en definir sus límites. Es necesario proteger a los trabajadores huelguistas de la presión que ejercen estas empresas (la mayoría de ellas grandes empresas de la comunicación). Estas empresas de la información cuentan con innumerables medios tecnológicos y mecánicos que en la mayoría de los casos limitan la visibilidad de las huelgas que sus trabajadores realizan. No es común tener conocimiento de las huelgas que se realizan en estos sectores, lo que impide la plena eficacia del derecho de huelga de estos trabajadores.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina:

CAVAS MARTINEZ, F., “Derecho de huelga y sustitución de trabajadores huelguistas. Límites jurídicos al ius variandi empresarial”, en *Diario La Ley*, La Ley, Las Rozas de Madrid 1993.

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., “El esquirolaje interno como ataque al derecho fundamental a la huelga”, en *Temas Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2012, núm. 116.

FERRANDO GARCÍA, F., “Comentario: Un nuevo avance en la doctrina constitucional sobre sustitución interna de huelguistas: del efecto 'anestésico' de las facultades directivas a la obligación empresarial de garantizar la eficacia de la huelga. Comentario a la STC 33/2011, de 28 de marzo (rec. Amparo 6171/2004)”, en *Revista de Derecho Social* (abril), 2011, núm.54.

GÁRATE CASTRO, J., “Repercusiones de la huelga en la empresa (tres aspectos del daño compatible con la licitud del ejercicio del derecho de huelga)”, en *Participación y acción sindical en la empresa*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2013.

GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, I., “Derecho de huelga y libertad de empresa”, en *Revista jurídica de Castilla León* (enero), 2005, núm. 5.

LÓPEZ LLUCH, M.<sup>a</sup>. I., “El derecho de huelga: nueva doctrina sobre el “esquirolaje tecnológico” en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de diciembre de 2012, [www.iuslabor.org/wp-content/plugins/download-monitor/download.php?id=221](http://www.iuslabor.org/wp-content/plugins/download-monitor/download.php?id=221) (consultado el día 8/07/2016).

MANGLANO MORENO, C., “Elementos formales del derecho de huelga: requisitos de procedimiento. El mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”, en *Derecho Sindical*, Dykinson, Madrid, 1996.

MARTÍN VALVERDE, A., “La doctrina general sobre el derecho de huelga en la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981”, en revista *Relaciones Laborales*, 1997, nums. 15-16.

MATIA PRIM, J., *El abuso del derecho de huelga*, CES, Madrid, 1996.

MORENO PÉREZ, J.; MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M., “La autotutela colectiva de intereses profesionales”, en *Manual de Derecho Sindical*, Editorial Comares, S.L., Granada, 2016.

PALOMEQUE LÓPEZ, M., “La huelga y el derecho de huelga”, en *Derecho Sindical*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2015.

PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T., “Miscelánea jurisprudencial sobre el recurso al esquirolaje externo e interno por parte de la empresa durante la huelga”, en, *Boletín Laboral Abdón Pedrajas*, 2012.

RIBÓ DURÁN, L., *Diccionario de Derecho*, Bosch, Barcelona, 2005.

ROMAN DE LA TORRE, M.<sup>a</sup>. D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Grapheus, Valladolid, 1992.

SAGARDOY & ABOGADOS., “La huelga y el cierre patronal: Procedimiento de la huelga”, en *Compendio Sagardoy de Derecho del Trabajo*, Sagardoy Abogados, 2002, [http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/huelga-cierre-patronal-procedimiento-129001?\\_ga=1.210289618.634650258.1467733697](http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/huelga-cierre-patronal-procedimiento-129001?_ga=1.210289618.634650258.1467733697)(consultado el día 10/05/2016).

SALA FRANCO, T. *Derecho Sindical*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

SALA FRANCO, T., “Los mecanismos de defensa empresariales frente a una huelga”, en *Actualidad Laboral (mayo)*, La Ley, Las Rozas de Madrid, 2014, núm. 5.

SEMPERE NAVARRO, A. Y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “¿Puede una empresa minorar los efectos de la huelga?”, en *Noticias Breves (enero)*, 2014.

TODOLÍ SIGNES, A., “El esquirolaje tecnológico como método de defensa ante una huelga”, en *Actualidad Laboral*, 2014, núm. 7.

TORRE GARI, S., “Huelga, servicios esenciales, servicios de seguridad y mantenimiento: la nueva regulación”, en Estudios Financieros (cef), 1992, núms. 113-114.

TRIBUZIO, J., “La huelga en los servicios esenciales”, <http://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/archivos/curso-cidct-C2P2-03-4-la-huelga-DERECHO-COLECTIVO-GARCIA-MATERIAL-1.pdf> (consultado el día 25/07/2016).

VIVERO SERRANO, J. B., El mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga, <ftp://tesis.bbtk.ull.es/ccssyhum/cs111.pdf> (consultado el día 26/07/2016).

### **Jurisprudencia:**

Sentencia del Tribunal Central de Trabajo 613/1988, de 13 de Diciembre.

Sentencia del Tribunal Central de Trabajo del 1 de diciembre de 1982.

Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril.

Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992, de 28 de septiembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2006, de 19 de junio.

Sentencia del Tribunal Constitucional 184/2006, de 19 de junio.

Sentencia del Tribunal Constitucional 191/2006, de 19 de junio.

Sentencia del Tribunal Constitucional 193/2006, de 19 de junio.

Sentencia del Tribunal Constitucional 254/1988, de 21 de diciembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional 33/2011, de 28 de marzo.

Sentencia del Tribunal Constitucional 66/2002, de 28 de septiembre.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 2609/1992 de 16 de diciembre.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 8 de mayo de 1995 (Ar/3752).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10 de marzo de 1999 (Ar/1471).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 14 de julio de 1992.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 411/2009, de 22 de mayo.

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2011 (rec. Casación 265/2001).

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1989 (RJ 1989\7533).

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1989 (RJ 1989\7422).

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2003 (rec. Casación 5/2002).

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo (rec. Casación 3930/1994).

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1993 (rec. Casación 856/1992).

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio del 2000 (rec. Casación 75/2000).

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2012 (rec. Casación 265/2001).

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1995 (rec. Casación 1319/1994).